

Tradução

# Importação, exportação e consenso regional na corte interamericana de Direitos Humanos<sup>1</sup>

*Import, export, and regional consent in the inter-american court of Human Rights*

Gerald L. Neuman

## Resumo

A Corte Interamericana de Direitos Humanos elaborou um significativo corpo jurisprudencial de direitos humanos por meio da interpretação de convenções regionais de direitos humanos, da adaptação de precedentes globais, europeus e do *soft law* global. A Corte Interamericana também aspirou influenciar para além de sua região ao oferecer interpretações inovadoras dos direitos humanos e identificando normas caracterizadas como *jus cogens*. A metodologia da Corte nos anos recentes parece atribuir insuficiente consideração ao consenso da comunidade regional dos Estados como um fator na interpretação evolutiva de um tratado de direitos humanos. O artigo ilustra e critica essa tendência, e argumenta que maior atenção aos indícios de consenso regional poderia aprimorar a aceitação e a eficácia do sistema interamericano de direitos humanos.

**Palavras-chave:** corte interamericana; direitos humanos; consenso regional.

## Abstract

The Inter-American Court of Human Rights has elaborated a significant body of human rights jurisprudence through interpretation of regional human rights conventions and the adaptation of European and global precedents and global soft law. The Inter-American Court has also aspired to influence outside its region by offering innovative interpretations of human rights and by identifying norms as *jus cogens*. The Court's methodology in recent years has appeared to give insufficient consideration to the consent of the regional community of states as a factor in the evolutive interpretation of a human rights treaty. The article illustrates and criticizes that trend, and contends that greater attention to indicia of regional consent could improve the acceptance and effectiveness of the inter-American human rights system.

**Keywords:** Inter-american court; human rights; regional consent.

<sup>1</sup> Publicado originalmente sob o título "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights" em "The European Journal of International Law", v. 19, n. 1, 2008, p. 101-123. Trad. de Patrícia Domingues Alamar. Revisão de Breno Baía Magalhães.

## 1. Introdução

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos, encarrega-se de prolatar decisões vinculantes com base em queixas contra violações de direitos humanos de acordo com uma convenção regional de direitos humanos. Os obstáculos para o cumprimento de direitos humanos nas Américas têm sido enormes. Eles incluem pobreza extrema, sociedades divididas assoladas por conflitos internos brutais, cortes nacionais ineficientes, e, mais recentemente, democracias frágeis. Outros desafios resultam da participação inadequada da organização regional gestora, a Organização dos Estados Americanos.

Este artigo examina uma importante característica do método de operação da Corte Interamericana em face desses problemas. Dada a falta de apoio regional, a Corte tem mirado para longe, para a Europa e para o discurso global de direitos humanos como principais pontos de referência para sua interpretação da convenção regional. Nesse processo, a Corte desvalorizou o consenso da comunidade de Estados interessada como um fator na interpretação do tratado de direitos humanos. Esta negligência distorce a elaboração de normas de direitos humanos pela Corte, e arrisca comprometer a eficácia do sistema regional de direitos humanos.

O artigo se desenvolve, primeiramente, na realização de uma breve descrição institucional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, logo após, explora sua metodologia de interpretação regional. A prática de importar interpretações europeias e globais é ilustrada e problematizada nas partes 4 e 5. O artigo, então, se volta para o esforço da Corte Interamericana de exportar in-

terpretações inovadoras, incluindo suas determinações sobre o *jus cogens*, que dispensam completamente o consenso estatal. O produto mais vívido desta metodologia, a ambiciosa versão da Corte de uma norma de não-discriminação, é então examinada e criticada (partes 6 e 7).

## 2. O Contexto Institucional da Corte Interamericana

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (a Corte Interamericana, ou apenas Corte) é o órgão judicial criado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) para emitir decisões vinculantes em casos contenciosos e para a emissão de opiniões consultivas sobre direitos humanos, sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA).<sup>2</sup> A Corte corresponde à Corte Europeia de Direitos Humanos dentro do sistema regional do Conselho da Europa. Na verdade, os países criadores da CADH modelaram substancialmente a Corte e sua relação com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na estrutura dos direitos humanos europeus como costumava ser nos anos de 1960. No entanto, inúmeras diferenças daquele modelo formal permanecem significativas. Em primeiro lugar, a Corte Interamericana possui jurisdição consultiva muito mais ampla do que a da Corte Europeia.<sup>3</sup> Em segundo lugar, a jurisdição contenciosa relaciona-se principalmente à aplicação da própria CADH, mas também foi estendida a um punhado de tratados regionais de direitos humanos. Em terceiro lugar, a Corte Interamericana tem autoridade mais ampla em casos contenciosos nos quais uma violação foi identificada.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Ver J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (2003).

<sup>3</sup> A jurisdição consultiva da Corte Interamericana segundo a CADH Art. 64 estende-se não apenas à interpretação de direitos substantivos segundo a própria Convenção (um poder que falta à Corte Europeia), mas também à interpretação de outros tratados de direitos humanos ratificados pelos Estados Membros da OEA. A Corte tem interpretado generosamente a última categoria. Ver *'Other Treaties' Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Article 64 American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-1/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A No. 1 (1982).

<sup>4</sup> CADH Art. 63 (1). A CADH também concede à Corte autoridade para ordenar medidas provisórias para a proteção de indivíduos, um poder que a Corte exercita em estágios iniciais de casos contenciosos que podem nunca vir a ser julgados no mérito: CADH Art. 63 (2); Pasqualucci, nota *supra* 1, em 293.

Em quarto lugar, e deveras importante, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (a Comissão Interamericana) assemelha-se apenas parcialmente à antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos. A Comissão antecede à adoção da CADH, e serve a uma variedade mais ampla de funções promocionais, de acompanhamento e funções quase judiciais do que as que eram desempenhadas pela Comissão Europeia. A Comissão Interamericana também conserva suas responsabilidades quase judiciais pré-CADH no que diz respeito aos Estados Membros da OEA que não ratificaram a CADH, avaliando seus históricos de direitos humanos à luz da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.<sup>5</sup>

A Comissão atua como porta de acesso à Corte nos casos contenciosos. Segundo a CADH, casos contenciosos não podem ser trazidos perante a Corte sem antes serem processados pela Comissão.<sup>6</sup> Além disso, a CADH permite que apenas Estados Membros e a própria Comissão possam remeter um caso da Comissão para a Corte; indivíduos não têm competência para fazê-lo. Recentemente, a Comissão adotou uma prática de *a priori* remeter à Corte casos nos quais encontrou pelo menos uma violação à CADH, mas mantém a opção de recusar-se a remetê-los. As regras da Comissão não contemplam a re-

messa de casos nos quais não tenha encontrado nenhuma violação.<sup>7</sup>

A rivalidade entre a Corte e a Comissão caracterizou os primeiros anos da Corte, e alguns elementos dessa competição ainda permanecem. A Comissão, há muito estabelecida, não saudou com boas-vindas uma nova Corte que poderia prejudicar sua autonomia e minar seu prestígio. No início, a Comissão se recusou, de toda maneira, a encaminhar casos contenciosos para a Corte, e as atividades da Corte ficaram limitadas às opiniões consultivas. As relações melhoraram nos anos de 1990, e o volume de processos cresceu modestamente, embora a Corte, algumas vezes, rejeitasse as interpretações feitas pela Comissão de suas próprias competências.<sup>8</sup> A Corte também afirmou sua independência discordando da Comissão em questões de fato ou de Direito substantivo.<sup>9</sup>

A Corte também exercita a autoridade de declarar violações diferentes daquelas alegadas pela Comissão para os mesmos fatos, formulando suas próprias teorias jurídicas sobre o princípio *iura novit curia*.<sup>10</sup> A Corte tem se disposto a identificar múltiplas violações no mesmo caso, aparentemente para otimizar a utilização da oportunidade de desenvolver sua jurisprudência apesar

<sup>5</sup> O grau com que a Declaração Americana tem se mantido como um documento de inspiração, tal qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou se se tornou juridicamente vinculante por absorção na Carta da OEA é uma questão controversa, especialmente entre a Comissão Interamericana e os Estados Unidos. A Corte Interamericana tomou partido da Comissão nesse ponto na *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man Within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-10/89, Inter-American Court of Human Rights, Series A No. 10 (1989). Atualmente, 24 membros da OEA ratificaram a CADH; 11 (contando Cuba) não participam. Trínidad e Tobago ratificou, mas denunciou a Convenção em 1998.

<sup>6</sup> Casos contenciosos incluem casos trazidos por indivíduos contra um Estado Membro e casos interestaduais (embora estes últimos sejam extremamente raros). Segundo a CADH, os Estados Membros são obrigados a aceitar a competência da Comissão para receber petições individuais, mas Estados Membros têm a opção de aceitar ou não a competência da Corte. Até agora, a grande maioria dos Estados tem feito isso. Em contraste, a competência consultiva da Corte pode ser invocada, tanto pelos Estados Membros da OEA ou por órgãos da OEA, sem o intermédio da Comissão.

<sup>7</sup> Além disso, na maioria dos casos em que a Comissão decide não processar a petição para uma conclusão definitiva, os indivíduos não dispõem de recursos perante a Corte.

<sup>8</sup> Ver, ex., *Las Palmeras Case (Preliminary Objections)*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 67 (2000), par. 34 (sustentando que a Comissão não tem competência para aplicar normas internacionais humanitárias enquanto tais em casos contenciosos); *Genie Lacayo Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 30 (1997), par. 93 (sustentando que as recomendações da Comissão não são vinculantes).

<sup>9</sup> Ver, p. ex., *Five Pensioners Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 98 (2003) parágrafos 146-148 (rejeitando a alegação da Comissão de que a redução de pensões violaria o Art. 26 da CADH); *Castillo Petruzzi Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 52 (1999), nos parágrafos 102-103 (rejeitando a teoria da Comissão de que levar estrangeiros a julgamento por traição violaria o direito à nacionalidade sob o Art. 20 da CADH); *Las Palmeras Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 90 (2001), par. 47 (caracterizando como insuficientes as provas da Comissão de que forças estatais executaram uma das supostas vítimas).

<sup>10</sup> *Godínez Cruz Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 5 (1989), par. 172; *Ituango Massacres Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 148 (2006), par. 191.

de seu pequeno volume de processos.<sup>11</sup> (A Corte emitiu menos de 100 sentenças em casos contenciosos até o final do ano de 2006.<sup>12</sup>)

A taxa de cumprimento das ordens de reparação no sistema Interamericano é menor do que no sistema Europeu. Em parte, porém, isso é reflexo dos poderes de reparação mais amplos da Corte Interamericana e o exercício entusiasta desses poderes. Dependendo das circunstâncias, a Corte pode determinar compensação às principais vítimas e seus familiares (os quais também são vítimas), garantia de novos julgamentos, reforma de estruturas jurídicas, atividades promocionais (ex.: treinamentos em direitos humanos), projetos de desenvolvimento para vilarejos massacrados, desculpas públicas e homenagem às vítimas.<sup>13</sup> Algumas dessas ordens memoriais foram bem específicas: dar o nome das vítimas a um centro educacional<sup>14</sup>, ou a uma rua<sup>15</sup>, erguer um monumento<sup>16</sup> ou inscrever os nomes das vítimas em um monumento existente<sup>17</sup>. Quando os restos mortais das vítimas assassinadas tenham sido escondidos, a Corte ordena que o Estado os procure e devolva-os para o sepultamento. Muito frequentemente, a Corte ordena que o Estado

investigue a violação, identifique e puna os responsáveis. Recentemente a Corte ordenou os Estados a pedirem a extradição de altos funcionários do governo que não assumiram a responsabilidade por seus crimes.<sup>18</sup> Ao logo do tempo, a Corte alcançou considerável sucesso em induzir os Estados no cumprimento de condenações monetárias. Ordens de reforma ambiciosas são cumpridas menos frequentemente, e os maiores problemas de cumprimento dizem respeito à punição daqueles responsáveis pelas violações.<sup>19</sup>

A CADH não atribui a um órgão político da OEA o dever de assegurar o cumprimento das ordens da Corte, e a Corte tem buscado fiscalizar o cumprimento por conta própria. Os órgãos políticos não exercem pressão sobre determinados Estados para que implementem as decisões.<sup>20</sup> A falta de apoio da OEA para a fiscalização do cumprimento espelha o sub financiamento crônico da Corte,<sup>21</sup> a qual depende de suplementação por meio de contribuições voluntárias de fontes como Estados Membros, da União Europeia e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.<sup>22</sup> Na década passada, como os regimes formalmente democráticos têm se tornado o

<sup>11</sup> Ex: em *Ricardo Canese Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 111 (2004), par. 128, 131, 134, a Corte considerou que as restrições a viagens ao exterior determinadas a um político, decorrente de uma condenação por calúnia, violaram tanto os direitos à liberdade de expressão do Art. 13 da CADH, quanto seu direito à liberdade de circulação do Art. 22 da CADH; as ordens impugnadas violaram o Art. 22 em diversos aspectos: porque não tinham uma base legal, não eram 'necessárias', e nem proporcionais.

A Corte nem sempre analisa toda violação concebível suscitada pelos fatos. Quando ela deseja, emprega a típica prática da Corte Europeia de tratar a constatação de uma violação como um exame que torna desnecessária a caracterização alternativa das mesmas ações. Ver, ex: *García Asto and Ramírez Rojas Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 137 (2005), par. 245 (não há necessidade de considerar a violação de direitos da família sob o Art. 17, quando a separação e o sofrimento da família foram levados em consideração para avaliar as condições de detenção sob o Art. 5).

<sup>12</sup> Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Relatório Anual de 2006 (2007), em 71. O aumento do número de sentenças da Corte reflete as decisões em múltiplos estágios de alguns casos. A Corte também emitiu 19 opiniões consultivas: *ibid.*

<sup>13</sup> A Corte também ordenou aos Estados que honrassem a memória dos agentes policiais que foram mortos em retaliação por investigar a violação: *Moiwana Village Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 124 (2005), par. 216; *Carpio Nicolle Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 117 (2004), no par. 137; *Mack Chang Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 101 (2003), par. 279.

<sup>14</sup> *Villagrán Morales Case* (Reparations), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 77 (2001); *Gómez Paquiyauri Brothers Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 110 (2004), par. 236.

<sup>15</sup> *Mack Chang Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 101 (2003), par. 286.

<sup>16</sup> *19 Tradesmen Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 109 (2004), par. 273.

<sup>17</sup> *Miguel Castro Castro Prison Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 160 (2006), par. 454.

<sup>18</sup> *Goiburú Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 153 (2006), pars. 130-132; *La Cantuta Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 162 (2006), par. 227.

<sup>19</sup> Ver *Caesar Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 123 (2005) (voto concorrente do Juiz Ventura Robles), par. 19.

<sup>20</sup> Ver Pasquelucci, nota supra 1, p. 344; Gómez, 'The Interaction between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court', in D. Harris and S. Livingstone (eds), *The Inter-American System of Human Rights* (1998), nas páginas 173, 196-197.

<sup>21</sup> Ver Pasquelucci, nota supra 1, pp. 346-348.

<sup>22</sup> Ex: *Relatório Anual de 2006*, nota supra 11, na página 64. Encontram-se anotações reveladoras como as seguintes: "a União Europeia foi a principal fonte de financiamento para a septuagésima sessão ordinária": *ibid.* em 6 n. 2.

padrão na América Latina, a Corte e a Comissão enfrentaram resistência institucionalizada de governos eleitos dentro da OEA, que estavam desconfortáveis com ‘a noção de que a Comissão poderia gastar seu tempo examinando comunicações individuais em questões que não parecem tão sérias quanto execuções sumárias, desaparecimentos forçados e tortura por motivos políticos’.<sup>23</sup>

### 3. Interpretação Regional das Normas de Direitos Humanos

A atividade de uma corte regional de direitos humanos envolve diversas funções inter-relacionadas. A Corte faz averiguações de fatos relevantes em supostas violações de direitos humanos; ela articula interpretações jurídicas de normas de direitos humanos, ela aplica o direito ao fato e determina se os direitos humanos foram violados; e ela ordena medidas judiciais de reparação para as violações encontradas.

O principal foco deste artigo será na atividade interpretativa da Corte Interamericana. Essa escolha não se destina a subestimar a importância de outras funções. Na verdade, a manutenção de regimes regionais de direitos humanos ao lado de regimes baseados na ONU pode servir a diversos propósitos.<sup>24</sup> A aplicação regional poderia ter vantagens mesmo se os direitos fossem interpretados de forma idêntica em ambos os níveis. Condições favoráveis dentro de uma região poderiam levar os Estados a confiar mais em seus vizinhos, e a estarem mais dispostos a dar poderes a órgãos regionais para decidir disputas sobre direitos humanos – apurar fatos, avaliá-los de acordo com a norma

jurídica regente, e a aplicar medidas reparadoras adequadas – em comparação a instituições globais mais distantes. A interdependência dentro de uma região pode tornar a implementação dos direitos humanos mais efetiva, dando a outros Estados Membros mais incentivo para influenciar a conduta de um Estado que violou direitos humanos. Instituições regionais podem ser consideradas como detentoras de expertise local, mais hábeis a perceber o significado de fatos históricos e judiciais na avaliação de reivindicações de direitos humanos ou para designar medidas reparatórias.

Outras vantagens dos regimes regionais surgem se os direitos não são entendidos identicamente a nível global e regional. A homogeneidade cultural relativamente maior e ideológica de uma região pode permitir a concordância em uma lista mais ampla de direitos humanos, ou em suas definições mais detalhadas, do que os processos ‘universais’ têm conseguido. Por exemplo, embora a Convenção Americana tenha sido redigida no mesmo contexto da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos dois Pactos, sua enumeração de direitos vai além de ambas ao incluir o direito de resposta contra declarações injuriosas na mídia, e foi além dos Pactos ao proteger o direito à propriedade.<sup>25</sup> Como um órgão regional, a Corte Interamericana pode, dessa forma, servir ao propósito adicional de articular concepções regionais específicas de conceitos compartilhados de direitos humanos, ou interpretar normas de direitos humanos localmente identificadas.

A Corte Interamericana, assim como a Corte Europeia, engaja-se em uma ‘interpretação evolutiva’ de sua Convenção tratando-a como

<sup>23</sup> Medina, ‘Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas’, 8 *Transnat’l L & Contemporary Problems* (1998) 337, p. 353. Vários anos depois, o diálogo crítico dentro da OEA continua a gerar observações como essa ‘não pode haver discurso de aumento de recursos nos órgãos do sistema sem primeiro implementar-se mecanismos necessários para evitar abuso da proteção oferecida pelo sistema’, e que a OEA deveria ‘devotar menos tempo buscando responsáveis de violações e mais tempo educando a juventude para evitar que violações de direitos humanos ocorram’: OAS Permanent Council, Committee on Juridical and Political Affairs, Dialogue on the Workings of the Inter-American Human Rights System Among Member States and the Members of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, Report on the Meeting, OEA/Ser.G/CP/CAIP-2311/05 add. 2 (15 May 2006), p. 5.

<sup>24</sup> Ver, ex: J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (2nd edn, 2003) p. 141; Weston et al *Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal*, 20 *Vanderbilt J Transnat’l L* (1987) 585, pp. 589-590.

<sup>25</sup> CADH Arts. 14, 21. Por outro lado, a Convenção Americana omitiu a provisão acerca dos direitos das minorias do PIDCP Art, 27.



um ‘instrumento vivo’.<sup>26</sup> A Corte invoca métodos de interpretação de tratados como aqueles expressos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mas também salienta que os tratados de direitos humanos têm um caráter distinto, estabelecendo normas objetivas para a proteção dos indivíduos em vez de obrigações recíprocas que beneficiam os Estados.<sup>27</sup> Aos termos utilizados no tratado devem ser atribuídos significados autônomos de seu contexto, e não devem ser deixados para que cada Estado os decida de acordo com seu direito nacional.<sup>28</sup> Os *travaux préparatoires* da Convenção algumas vezes fornecem orientação para a interpretação de uma provisão, embora a Corte Interamericana os use com maior frequência na interpretação dos procedimentos da própria Convenção do que na elaboração do conteúdo dos direitos humanos individuais.<sup>29</sup>

Afirmar que a interpretação de um tratado de direitos humanos evolui deixa em aberto a questão de *como* esta evolução ocorre. Na jurisprudência Interamericana, a progressiva elaboração de direitos é fundamentada, parcialmente, pelo próprio raciocínio normativo da Corte, e parcialmente pela invocação de instrumentos subsequentes de direitos humanos da OEA<sup>30</sup> e muito frequentemente por referência aos regimes globais e europeus de direitos humanos.

A noção de ‘consenso regional’ tem tido um papel muito menor na jurisprudência em evolução da Corte Interamericana do que na da Corte Europeia. Dentro do sistema europeu, o critério

‘consenso regional’ atende tanto a funções positivas quanto negativas. O tratamento, em grande parte, consistente de uma questão de direitos humanos entre os Estados Membros pode indicar a presença de um valor europeu subjacente que orienta a interpretação mais específica de um direito do tratado, ou a sua aplicação mais estrita. Um compromisso paralelo expresso por meio do Conselho da Europa substitui, às vezes, a comparação de práticas nacionais, e pode fornecer elementos de consenso político conjuntamente à evidência de consenso normativo. Por outro lado, a ausência do ‘consenso regional’ pode demonstrar conflitos de valores não resolvidos, ou que, políticas públicas, em relação a novas condições sociais, estão em curso. Uma conclusão como esta torna mais provável que a Corte Europeia aguardará a evolução futura, que ocorrerá dentro de limites mais amplos para acomodar a variação nacional.

Uma razão evidente para a menos frequente utilização do ‘consenso regional’ nas Américas é a prevalência de violações sistemáticas dos direitos humanos que atingem o núcleo dos direitos protegidos. Definir padrões internacionais tendo como referência as práticas nacionais, de fato, arriscaria a adoção de metas muito baixas. Outro fator que contribui é a relativa ausência da OEA na participação da elaboração dos padrões de direitos humanos. As redes interligadas de cooperação regional e harmonização do Conselho da Europa e da União Europeia produziram muito mais pontos de referência comuns do que os originados pelos esforços insuficientes das

<sup>26</sup> *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16 (1999) nos pars. 115-115 (citando, *inter alia*, *Tyrer v United Kingdom*, ECHR (1978) Series A, No. 26).

<sup>27</sup> *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 2 (1982), nos pars. 29-31 (citando App N° 788/60, *Austria v. Itália*, 4 YB (1961) 116 (Comissão Europeia)).

<sup>28</sup> *The Word ‘Laws’ in Article 30 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-6/86, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 6 (1986), nos pars. 19-21.

<sup>29</sup> Ver, ex *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 2 (1982), nos pars. 23-25 (tirado de *travaux* para interpretar CADH Art. 75 sobre reservas); *Baena Ricardo Case (Competence)*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, N° 104 (2003), par. 89 (extraindo do *travaux* para interpretar o CADH Art. 65 no que diz respeito aos procedimentos de pós-julgamento); mas ver o *YATAMA Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, N° 127 (2005) (voto concorrente do Juiz Jackman) (extraindo do *travaux* para interpretar o Art. 23 da CADH, protegendo a candidatura de indivíduos não afiliados a nenhum partido político).

<sup>30</sup> Ver, ex: *Maritza Urrutia Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, N° 103 (2003), par. 91 (interpretando a CADH Art. 5 à luz da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Série de Tratados da OEA N° 67 (1985), 25 ILM (1986) 519, assim como normas globais).

Américas. A Corte Interamericana tem, compreensivelmente, aproveitado-se dos recentes progressos da OEA para apoiar a democratização, particularmente como exposto na Carta Democrática Interamericana de 2001.<sup>31</sup> A invocação consequente da Corte de um 'consenso regional sobre a importância do acesso a informação pública'<sup>32</sup> é impressionante por sua raridade.

Ironicamente, a Corte não pode facilmente tomar emprestada a legitimação para suas interpretações da CADH de uma das instituições mais fortemente engajadas na promoção dos direitos humanos da OEA, a Comissão Interamericana. A Comissão é um órgão especializado, não um órgão intergovernamental, e não pode expressar consenso político em nome dos Estados Membros. Além disso, as decisões da Corte geralmente tratam a Comissão como um subordinado hierárquico que propõe argumentos para consideração da Corte, ao invés de uma fonte independente de expertise na elaboração de normas de direitos humanos.<sup>33</sup>

Uma forma diferente de especificidade regional surge por meio do desenvolvimento de doutrinas em reação *contra* práticas que foram predominantes nas Américas e nos casos levados à Corte: desaparecimentos forçados, impunidade e

privilégios militares. A Corte Interamericana e a Comissão foram pioneiras na análise de desaparecimentos forçados, e a Corte adotou teorias jurídicas e probatórias para lidar com abusos projetados para evitar sua detecção e dissimular a responsabilidade do Estado.<sup>34</sup> A informalidade inicial da Corte sobre padrões probatórios, os quais contrastavam com uma abordagem mais restritiva adotada, até então, pela Corte Europeia, tornou-se uma característica permanente de sua jurisprudência. A recusa generalizada dos Estados a investigar ou punir violações dos direitos humanos motivou a Corte a desenvolver doutrinas contra a impunidade, incluindo os direitos ao devido processo das vítimas (incluindo sobreviventes) para o acesso a medidas reparatórias.<sup>35</sup> A Corte expressou sua rígida desaprovação a anistias para violações de direitos humanos.<sup>36</sup> Embora por vezes sua linguagem tenha focado principalmente em auto-anistias por parte do regime que comete violações,<sup>37</sup> a Corte também enfatizou que o resultado, ao invés da fonte da anistia, é o que importa.<sup>38</sup> O caráter absoluto da regra também é coerente com a correspondente condenação pela Corte da prescrição como defesa para violações de direitos humanos, expressa em um caso onde um jovem morreu devido a

<sup>31</sup> Inter-American Democratic Charter, 11 de setembro de 2001, OEA Doc. OEA/Ser.P/AG/RES.1 (XXVIII-E/01), 40 ILM (2001) 1289. A Carta é uma resolução da Assembleia Geral da OEA, propondo princípios de democracia e um panorama para ação política para a OEA quando a ordem democrática de um Estado Membro estiver em risco ou for interrompida inconstitucionalmente: ver Rudy, 'A Quick Look at the Inter-American Democratic Charter of the OAS: What Is It and Is It "Legal"?' , 33 *Syracuse J Int'l L and Commerce* (2005) 237. Para o uso da Carta na Corte Interamericana ver, p. ex: *Herrera-Ulloa Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 107 (2004), par. 115; *YATAMA Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 127 (2005), nos pp. 193, 207, 215 e o voto concorrente do Juiz García-Sayán, nos pp. 15-17 (ênfatizando o efeito da Carta na interpretação evolutiva de direitos políticos).

<sup>32</sup> *Claude Reyes Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C Nº 151, nos pp. 78-79 (citando uma resolução de 2006 da Assembleia Geral da OEA instando os Estados a 'respeitar e promover respeito para o acesso de qualquer um à informação', bem como a disposições genéricas em matéria de transparência e participação da Carta Democrática).

<sup>33</sup> Esta atitude não decorre inevitavelmente dos papéis respectivos da Corte e da Comissão, e pode ser um legado de tensões anteriores em sua relação. A Corte Europeia era mais abertamente atenta à jurisprudência da Comissão Europeia: ver J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (1993), em 15-16.

<sup>34</sup> *Velásquez Rodríguez Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 4 (1988).

<sup>35</sup> *Villagrán Morales Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 63 (1999), nos pp. 225-227.

<sup>36</sup> Ver Tittlemore, 'Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter-American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes under International Law', 12 *Southwestern J L and Trade in the Americas* (2006) 429.

<sup>37</sup> Compare, ex: *Barrios Altos Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 75 (2001), par. 41 ('Esta Corte considera que todas as provisões de anistia, disposições em matéria de prescrições e o estabelecimento de medidas projetadas para eliminar a responsabilidade são inadmissíveis, porque elas têm a intenção de prevenir a investigação e punição daqueles responsáveis por sérias violações de direitos humanos...'), com *ibid*, par. 44 ('Devido a manifestação incompatibilidade das leis de auto-anistia com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, as referidas leis carecem de efeitos jurídicos...').

<sup>38</sup> Ver *Almonacid-Arellano Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 154 (2006), par. 121 ('Para concluir, a Corte, ao invés do processo de adoção e da autoridade de emissão [a auto-anistia chilena], dirige-se a *ratio legis*: a concessão de uma anistia para os sérios atos criminosos contrários ao direito internacional que foram cometidos pelo regime militar').

ferimentos causados pela brutalidade policial.<sup>39</sup> O uso indevido da justiça militar como uma ferramenta repressiva contra oponentes políticos e como um veículo de impunidade para soldados levou a Corte a estabelecer limites mais estreitos para as circunstâncias nas quais tribunais militares possam legitimamente julgar delitos. A Corte impediu que a jurisdição militar pudesse ser exercida, em qualquer hipótese, em face de civis e definiu 'civis' para esse propósito estendendo o conceito a um oficial naval recém aposentado que trabalhava como um empregado civil contratado pelo serviço de inteligência naval.<sup>40</sup> Até mesmo soldados ativos não devem ser julgados em cortes militares por crimes cometidos contra civis, porque fazendo isso, privaria as vítimas de seu direito a um tribunal independente e imparcial.<sup>41</sup>

#### 4. A Importação de Interpretações Globais e Europeias

A Corte Interamericana é uma das principais, embora de forma seletiva, importadoras de interpretações de direitos humanos. A Corte frequentemente cita decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em questões comparáveis.<sup>42</sup> Em algumas ocasiões, um precedente europeu representa o principal suporte para uma interpretação progressiva de uma

provisão da Convenção.<sup>43</sup> Com efeito, as decisões da Corte Europeia exercem autoridade vinculante dentro do Conselho da Europa, mas não dentro da OEA.

Outra fonte frequente é o Comitê de Direitos Humanos, incluindo seus Comentários Gerais sobre o PIDCP (Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos), suas visões sobre comunicações individuais, e até mesmo suas Observações Conclusivas sobre relatórios de países.<sup>44</sup> Atualmente, todos os estados-partes da CADH são também membros do PIDCP, embora não necessariamente do Primeiro Protocolo Opcional. Ao mesmo tempo, nem os comentários gerais do CDH, nem as interpretações contidas em suas visões sobre comunicações individuais e Observações Conclusivas vinculam formalmente os membros do Pacto.<sup>45</sup> A Corte baseou-se substancialmente nas visões do CDH, por exemplo, na interpretação do direito de recorrer da condenação penal exigindo revisão das questões de fato e de direito por uma corte superior.<sup>46</sup>

A Corte também se baseia em uma ampla variedade de documentos globais de *soft law*, isoladamente ou em combinação com outras fontes. Por exemplo, no *Caso da Comunidade Moiwana*, a Corte invocou os Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos das Nações Unidas,<sup>47</sup> que 'iluminam o alcance e o conteú-

<sup>39</sup> *Bulacio Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 100 (2003), par. 116. A Corte não pode querer dizer, entretanto, que toda violação dos direitos humanos requer sanções criminais para os indivíduos identificados como responsáveis. A gama de deveres positivos e negativos implícita na convenção é muito grande para justificar tamanha generalização. E, de fato, a Corte não pede investigação e punição dos atores individuais em cada caso: ver, ex: *Herrera-Ulloa Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 107 (2004), par. 207 (caso de difamação contra jornalista); *YATAMA Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 127 (2005), par. 275 (restrições eleitorais).

<sup>40</sup> *Palamara Iribarne Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 135 (2005).

<sup>41</sup> *Las Palmeras Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 90 (2001).

<sup>42</sup> Ver, ex: *Last Temptation of Christ Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 73 (2001), par. 69 e n. 18 (re liberdade de expressão) (citando *Handyside v. Reino Unido*, CEDH Series A, Nº 24 (1976), e casos posteriores); *Five Pensioners Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 98 (2003), par. 103 e n. 50 (re benefícios de pensão como propriedade) (citando o caso 39/1995/545/631, *Gaygusuz v. Áustria*, 1996-IV CEDH 1129).

<sup>43</sup> Ver, ex: *Lori Berenson Mejia Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 119 (2004), nos pp. 159-161 (citando a Corte Europeia acerca da proposição de que a presunção de inocência pode ser violada por declarações para a mídia feitas pela polícia afirmando a culpa de um réu antes do julgamento).

<sup>44</sup> Ver ex: *Ricardo Canese Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 111 (2004), nos pp. 115-135 (baseado no Comentário Geral 27 do CDH); *Velásquez Rodríguez Case (Compensatory Damages)*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 7 (1989), par. 28 (citando as construções do CDH); *YATAMA Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 127 (2005), par. 208 (citando o Comentário Geral 25 do CDH); *Raxcacó Reyes Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 133 (2005), par. 69 e n. 47 (citando as Observações Conclusivas do CDH sobre relatórios de Irã e Iraque).

<sup>45</sup> M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2nd edn 2005) na p. xxvii, 894.

<sup>46</sup> Ver *Herrera-Ulloa Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 107 (2004), nos pp. 166-167 e n. 117. Embora a Corte não mencione o fato, esta interpretação diverge daquela provisão correspondente no Sétimo Protocolo da CEDH, a qual é posterior à CADH: ver Nowak, nota supra 44, em 348-352; App. Nº 29731/96, *Krombach v. França*, 2001-II CEDH, em 64, par. 96.

<sup>47</sup> E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998).



do do artigo 22 da Convenção, no contexto do deslocamento forçado', como a principal base da conclusão de que o Estado tinha violado os direitos dos membros da Comunidade de Moiwana ao não fazer o suficiente para facilitar seu retorno para suas terras tradicionais.<sup>48</sup> No *Caso Tibi*, a Corte realizou reiteradas referências ao Corpo de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Aprisionamento da ONU,<sup>49</sup> especialmente ao considerar que o direito à integridade pessoal nos termos do Artigo 5 estabelece que o Estado deve fornecer tratamento adequado e expedito às lesões sofridas por prisioneiros.<sup>50</sup> No *Caso Juan Humberto Sánchez*, a Corte se valeu do Manual de Princípios Relativos a uma Prevenção Eficaz e à Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias da ONU,<sup>51</sup> para estabelecer os requisitos mínimos para uma investigação séria e efetiva de uma execução extralegal, em conformidade com os Artigos 8 e 25 da CADH.<sup>52</sup> Em algumas ocasiões, a Corte também recorreu a orientações de organizações da sociedade civil internacional inteiramente privadas.<sup>53</sup>

Em algumas decisões dessa natureza, a Corte está convertendo *soft law* global em *hard law* regional.<sup>54</sup> Normas mais precisas e elaboradas, articuladas por meio de processos não vinculantes oriundos da ONU, fornecem o conteúdo para efetivar normas convencionais menos preci-

sas, mas vinculantes. Elas tornam-se obrigações Interamericanas subsidiárias, e falhas em cumpri-las resultará em uma violação da Convenção.

## 5. Três perspectivas sobre Importação

Ao Examinar a estratégia de importação da Corte, será útil realizar a distinção de três aspectos de uma provisão de um tratado internacional de direitos humanos: o consensual, o suprapositivo e aspectos institucionais.<sup>55</sup> Disposições de tratados, enquanto Direito internacional, derivam suas forças positivas de atos consensuais dos Estados, incluindo os atos originários de elaboração, ratificação e possíveis atos posteriores de revisão consensual, expressa ou implícita. Disposições de direitos humanos em particular podem, também, basear-se em uma autoridade moral independente, suprapositiva, ou anterior, da sua concretização no Direito positivo; o preâmbulo da Convenção Americana expressa, sem dúvida, esse aspecto, ao reconhecer os 'direitos essenciais do homem' como 'baseados em atributos da pessoa humana' e afirmando que eles 'justificam' a Convenção em si.<sup>56</sup> Finalmente, as disposições do tratado estabelecem normas jurídicas que devem operar em um contexto institucional. Elas devem ser elaboradas ou interpretadas de maneira que levem em consideração realidades institucionais, facilitando seu cumprimento pelos titulares do direito e a fiscalização por parte dos órgãos de supervisão.

<sup>48</sup> *Moiwana Village Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 124 (2005), nos pp. 111, 120. Essa porção da sentença também se refere a generalidades do Comentário Geral 27 do Comitê dos Direitos Humanos (no par. 110) e de uma decisão, sensivelmente análoga, de uma comunicação individual, *Jiménez Vaca v. Colômbia*, Comitê de Direitos Humanos da ONU, Comunicado Nº 859/1999, Doc ONU PDCP/C/74/D/859/1999 (2002) (no par. 116).

<sup>49</sup> Adotado por GA Res. 43/173, 09 de dezembro de 1988.

<sup>50</sup> *Tibi Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 114 (2004), par. 154. A Corte também citou, para esse princípio (par. 155), uma passagem da App. Nº 30210/96 *Kudła v. Polónia*, 2000-XI CEDH 197 (Grand Chamber) (não encontrando nenhuma violação do Direito).

<sup>51</sup> Doc ONU E/ST/CSDHA/12 (1991).

<sup>52</sup> *Juan Humberto Sánchez Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 99 (2003), par. 127; ver também *ibid*, par. 128 n. 144 (referindo-se à recomendação do Conselho Europeu sobre a harmonização de regras para a autópsia médica forense).

<sup>53</sup> Ver *Ximenes-Lopes Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 149 (2006), par. 130 e n. 117, 133 e n. 118, 135 e n. 120 (citando as normas adotadas pela Associação Mundial de Psiquiatria, a Associação Americana de Hospitais, a Sociedade Geriátrica Americana e a Associação Médica Americana).

<sup>54</sup> Ver J. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (2005), em 504 (Em alguns casos, [entidades adjudicativas] são o principal veículo pelo qual o *soft law* endurece).

<sup>55</sup> Para uma discussão completa ver Neuman, 'Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance', 55 *Stanford L Rev* (2003) 1863.

<sup>56</sup> Preâmbulo da CADH, par. 2 ('Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos').

Todos os três aspectos influenciam substancialmente a interpretação das disposições do tratado de direitos humanos.

A importação de uma interpretação de uma fonte externa pode ser justificada por qualquer uma dessas três perspectivas, individualmente ou combinadas. Em termos consensuais, os Estados podem ter manifestado a intenção de definir uma obrigação da Convenção Americana por meio da referência a outros tratados, ou eles poderiam ratificar tal prática. Em termos suprapositivos, a Corte poderia fazer empréstimos em ocasiões quando a exposição do órgão externo mostrar-se especialmente persuasiva. Em termos institucionais, a Corte pode ter algumas razões pragmáticas para adotar uma interpretação pré-existente de uma norma: por exemplo, a Corte poderia concluir que a proteção dos direitos humanos poderia se beneficiar da coordenação do conteúdo das obrigações dos Estados a níveis globais e regionais; a importação de uma interpretação pode diminuir o próprio ônus da Corte de realizar uma argumentação independente; ou a Corte pode acreditar que a invocação de normas externas objetivas ajudaria a fortalecer decisões adversas em face da resistência do Estado.

Elementos de todas as três perspectivas podem ser encontrados na descrição feita pela Corte de suas práticas de empréstimo. Da perspectiva consensual, a Corte escreveu que uma 'certa tendência de integrar sistemas regionais e universais para a proteção dos direitos humanos pode

ser percebida na Convenção'.<sup>57</sup> Certas vezes, a Corte apoiou a sua estratégia interpretativa fazendo referência ao Artigo 29 (b) da Convenção Americana, o qual prevê que:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

...

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Membros ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados[.]

A Corte, por vezes, declarou que essa disposição 'proíbe uma interpretação restritiva dos direitos' em comparação com normas internacionais.<sup>58</sup> Ainda assim, qualquer consentimento expresso nessa disposição parece limitar-se às obrigações oriundas de tratados dos Estados Membros da OEA, e não se estenderia à importação de normas regionais europeias ou do *soft law* global.<sup>59</sup> Em termos suprapositivos, a Corte enfatizou que 'a unidade da natureza do ser humano e o caráter universal dos direitos e liberdades que merecem garantia, estão na base de todo regime de proteção internacional'.<sup>60</sup> Ela tem se baseado no raciocínio normativo de outros tribunais, e incorporado seus argumentos em sua própria explicação de direitos protegida pela CADH. Deste modo, por exemplo, no *Caso Herrera Ulloa*, a Corte resumiu a jurisprudência da Corte Europeia sobre o tema da difamação, antes de concluir que era

<sup>57</sup> 'Other Treaties' Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Article 64 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-1/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, Nº 1 (1982), par. 41.

<sup>58</sup> *Mapiripán Massacre Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 134 (2005), par. 188. Não está claro como esse entendimento do Art. 29 (b) surgiu – à primeira vista, sua linguagem aparenta ser meramente uma versão da cláusula de salvaguarda de certos padrões contida em vários tratados de direitos humanos, indicando que o tratado define o mínimo e não o máximo da proteção dos direitos humanos: ver, ex: CEDH Art. 60. Os primeiros comentários sobre a CADH também descreviam o Art 29 (b) nos termos de uma cláusula de salvaguarda. Ver, ex: Cançado Trindade, 'Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)', [1987-II] RdC 11, em 115-117; Gros Espiell, 'Los Metodos de Interpretación Utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia Contenciosa', in R. Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (1994) em 223, 228.

<sup>59</sup> O mesmo poderia ser dito sobre a citação ao Art 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre Tratados de Direito como base para o consenso real ou construtivo dos membros da CADH. Aquela disposição requer que seus intérpretes considerem 'regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes'. É questionável se a categoria pertinente 'regras' inclui instrumentos de *soft law*, e é óbvio que as normas regionais Europeias não são 'aplicáveis' dentro da OEA: ver McLachlan, 'The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention', 54 *Int'l Comp LJ* (2005) 279, em 290 – 291.

<sup>60</sup> 'Other Treaties' Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Article 64 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-1/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, Nº 1 (1982), par. 40.

'lógico e apropriado que às declarações relativas a funcionários públicos... deveriam ser concedidas... uma certa latitude', dessa forma sua honra seria protegida, mas apenas 'em concordância com os princípios do pluralismo democrático'.<sup>61</sup> De forma semelhante, no *Caso Ricardo Canese*, a Corte baseou-se na jurisprudência Europeia enfatizando que os candidatos políticos deveriam ser objeto de um grau mais elevado de escrutínio no curso de uma campanha eleitoral.<sup>62</sup>

Porém, frequentemente, a Corte toma emprestadas normas globais ou europeias de modo menos conclusivo (*conclusory*), sugerindo um propósito institucional – empregar marcos externos como meio de fornecer especificidade às obrigações da CADH. Por exemplo, o Artigo 19 da CADH contém uma provisão redigida vagamente sobre a proteção das crianças: 'toda criança menor tem o direito às medidas de proteção requeridas por sua condição como um menor por parte de sua família, da sociedade e do Estado'. Em uma decisão importante envolvendo a execução extrajudicial de crianças de rua da Guatemala, a Corte observou que 'tanto a Convenção Americana, quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança fazem parte de um abrangente corpus juris internacional para a proteção da criança que deve ajudar esta Corte a estabelecer o conteúdo e alcance da norma geral estabelecida no Artigo 19 da Convenção Americana'.<sup>63</sup> A Corte fez uso mais extensivo da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)

e relacionou instrumentos de *soft law* em sua opinião consultiva sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*.<sup>64</sup> Respondendo a um pedido da Comissão Interamericana focado nos direitos processuais tanto em âmbito criminal, como não-criminal das crianças privadas de sua liberdade ou separadas de suas famílias, a Corte discutiu uma ampla variedade de obrigações do Estado para com as crianças. A Corte fez citações de uma variedade de fontes, incluindo decisões da Corte Europeia e materiais do Comitê de Direitos Humanos, mas especialmente da CDC, sua interpretação pelo órgão previsto pelo tratado pertinente,<sup>65</sup> e instrumentos de *soft law*, como as Normas de Beijing<sup>66</sup> e as Diretrizes de Riad.<sup>67</sup> A Corte subsequentemente reiterou suas citações à CDC e às Normas de Beijing ao determinar os efeitos do Artigo 19 em um caso contencioso, *Instituto de Reabilitação da Criança*.<sup>68</sup>

A rápida incorporação de blocos de *hard* e *soft law* mundial na convenção regional poupa considerável esforço da Corte na elaboração e justificação das consequências do Artigo 19, e demanda grandes melhorias nas condições sofridas por crianças empobrecidas nas Américas. Em parte, este avanço pode basear-se no fundamento de que todos os Estados-partes da Convenção Americana também ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança.<sup>69</sup> Entretanto, esse argumento consensual não se estenderia à incorporação de elaborações não vinculantes das disposições da CDC ou a ou-

<sup>61</sup> *Herrera-Ulloa Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 107 (2004), par. 128.

<sup>62</sup> *Ricardo Canese Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 111 (2004), nos parágrafos 98-104.

<sup>63</sup> *Villagrán Morales Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 63 (1999), par. 194.

<sup>64</sup> *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Advisory Opinion OC-17/02, Inter-American Court of Human Rights, Series A, Nº 17 (2002). Note que todos os membros da CADH também ratificaram a CDC.

<sup>65</sup> Além disso, em várias notas de rodapé, a Corte concentrou suas citações sobre os Relatórios do Comitê de Direitos da Criança relacionados a Estados Membros particulares da OEA, incluindo tanto os Estados que tinham ratificado a CADH, quanto os Estados que não tinham: ver, ex: *ibid*, par. 79 e 84 (Costa Rica e São Cristóvão e Nevis, respectivamente).

<sup>66</sup> Ver, ex: *ibid*, no par. 120 (citando o UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Beijing Rules) (1985)).

<sup>67</sup> Ver, ex: *ibid*, par. 111 (citando o UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (Riyadh guidelines), adopted by GA Res 45/112, 14 Dec. 1990).

<sup>68</sup> Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 114 (2004), par. 211.

<sup>69</sup> Deve-se objetar, com fundamentos realistas, que os Estados ratificaram a CDC considerando esses mecanismos de execução frágeis, sem a intenção de submeter o seu cumprimento obrigatório para a adjudicação perante a Corte Interamericana. Mas isso é um risco que eles assumiram, à luz do Art. 19 e das práticas interpretativas da Corte.

A Consideração da CDC na interpretação do Art. 19 pode ser diretamente justificável pelo Art. 31 (3)(c) da Convenção de Viena sobre Tratados de Direito; isso não significa que qualquer disposição da CDC automaticamente equivalha a uma 'medida de proteção requerida' segundo a CADH Art. 19.

tros instrumentos de *soft law* no que se refere à crianças. As formulações contidas em *soft law* podem acabar por coincidir com a mais convincente análise suprapositiva dos direitos humanos das crianças, mas o mero estabelecimento de uma proposição em uma resolução da ONU ou em uma recomendação de um órgão especializado não carregam *ipso facto* força normativa conclusiva. Deste modo, a importação de normas de *soft law* resulta, provavelmente, de considerações institucionais pragmáticas.

De fato, a Corte Interamericana explicou repetidamente:

o *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos compreende um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convenções, resoluções e declarações). Sua evolução dinâmica tem tido um impacto positivo sobre o direito internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a capacidade do último para regular as relações entre os Estados e os indivíduos dentro de suas respectivas jurisdições. Esta Corte, portanto, deve adotar a abordagem adequada para considerar esta questão no contexto da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito internacional contemporâneo.<sup>70</sup> Essa noção de um '*corpus juris*' sempre em expansão de normas vinculantes e não vinculantes disponíveis para consideração na regulação dos Estados subjaz a prática da Corte na interpretação da CADH.

A Corte Interamericana parece tratar todos os processos que geram essas normas como formas igualmente válidas de 'evolução', capazes de influenciar a interpretação das obrigações dos Estados segundo a Convenção Americana.

Essa noção generosa de 'evolução' ignora o aspecto consensual dos direitos humanos sem necessariamente certificar-se de que os resultados da interpretação sejam justificados em termos institucionais.<sup>71</sup>

O cômodo recurso da Corte de recorrer a fontes externas ignora a vontade dos Estados-Membros da OEA como um fator relevante para a interpretação de suas obrigações. Essa atitude é expressa mais claramente em votos concorrentes condenando o 'voluntarismo estatal',<sup>72</sup> mas que parece informar as decisões acompanhadas por esses votos. Infelizmente, a crítica ao 'voluntarismo do Estado' tende a confundir dois problemas diferentes. Com efeito, deixar que cada Estado seja o juiz de suas próprias obrigações para com os direitos humanos, livre para redefinir ou retratar compromissos anteriores, negaria o efeito da Convenção Americana. Porém, essa observação não significa que a evolução substantiva do regime regional de direitos humanos deva ser independente da *comunidade de Estados* regional.

Ignorar o papel dos Estados levanta questões de legitimação e de eficácia. O caráter de um tratado de direitos humanos positivo determina o envolvimento dos Estados (conjuntamente) no projeto do sistema, incluindo a escolha dos direitos a serem protegidos e os meios de sua concretização. Os Estados da OEA esforçaram-se, consideravelmente, para negociar e adotar seus próprios tratados regionais de direitos humanos. Eles não reduziram o tratado a um mecanismo local de execução para pactos globais,<sup>73</sup> e eles simplesmente não delegaram à Corte a tarefa de adotar quaisquer normas escolhidas por ela de

<sup>70</sup> *Ituango Massacres Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 148 (2006), par. 157 e 177; *Yakye Axa Indigenous Community Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 125 (2005), par. 67; *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC- 18/03, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 18 (2003), par. 120.

<sup>71</sup> Isso também não assegura que interpretações emprestadas sejam justificadas em termos suprapositivos, dado que as conclusões de um órgão especializado ou o produto de um consenso regional Europeu podem não ser normativamente corretos.

<sup>72</sup> Ver *Caesar Case*, Inter-American Court of Human Rights, SeriesC, Nº 123 (2005) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 64.

<sup>73</sup> Novamente, a Convenção Americana inclui alguns direitos ausentes na PIDCP (ex: o direito à propriedade) e omite ou modifica outros direitos que a PIDCP inclui (ex: PIDCP Art. 27 sobre direitos das minorias); o tratamento superficial dos direitos econômicos e sociais na CADH Art. 26 foi seguido por um Protocolo que contempla apenas um limitado papel para a Corte: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) (adotado em 17 de novembro de 1988, entrou em vigor em 16 de novembro de 1999) Tratado da OEA Nº 69 (1988), 28 ILM (1989) 156.

um futuro corpus de textos de *soft law*. A parceria contínua entre a Corte e os Estados Membros dá suporte à autoridade da Corte para definir as obrigações dos Estados. A 'humanização' do Direito internacional não foi tão longe a ponto de fazer os tribunais de direitos humanos internacionais se auto-legitimar com base em sua relação direta com seres humanos individuais.

Além disso, aceitar a influência do Estado na evolução das normas dos direitos humanos é importante para a eficácia do sistema, um fator importante na interpretação institucional. Tornar um direito humano mais 'efetivo' não significa necessariamente dar ao direito um significado mais amplo. Significa tornar o gozo do direito uma realidade,<sup>74</sup> e isso pode exigir que se defina o conteúdo positivo do direito de uma forma que facilite a sua aplicação em um momento histórico dentro de uma região particular. Por vezes, isso pode sugerir a necessidade de uma interpretação mais ampla ou mais categórica<sup>75</sup>, por vezes, uma interpretação mais adaptada. Quando os Estados dentro de uma região participam da evolução progressiva de um direito, suas ações tornam a execução nacional mais viável e fornecem percepções dos métodos de implementação que podem ter mais sucesso. É também mais provável que os Estados auxiliem a Corte a influenciar um Estado Membro parceiro a obedecer às normas as quais eles mesmos já subscreveram.

Na medida em que a Corte está buscando o objetivo institucional de coordenar as obrigações globais e regionais dos Estados, endurecer prematuramente o *soft law* mundial em nível regional não necessariamente serve a esse objetivo. O conjunto disperso de processos que

produzem textos globais não vinculantes pode resultar em contradições, e pode não prenunciar com precisão o conteúdo que depois será adotado como uma obrigação de direitos humanos vinculante. Formulações de *soft law* frequentemente ajuízam ações categóricas que requerem qualificações e exceções que tomem em conta interesses contrapostos, incluindo outros direitos e limitações de recursos.

Essas considerações não sugerem que essas importações de normas globais de *soft law* e de doutrinas europeias que carecem de uma base regional nas Américas nunca poderão ser instrumentalmente justificadas. Elas também não indicam que a adição de explicações mais detalhadas sobre seus empréstimos resolveria os problemas de cumprimento das sentenças da Corte.<sup>76</sup> Mas elas sugerem que maior cuidado deve ser tomado na avaliação da adequação de normas importadas como interpretações da Convenção Americana.

## 6. A Exportação das Interpretações Interamericanas

A Corte Interamericana não é, claro, apenas uma importadora passiva de interpretações de direitos humanos. Mesmo como uma importadora a Corte é seletiva, mas a Corte também se empenha em suas próprias interpretações inovadoras, às vezes especificamente baseadas em realidades regionais,<sup>77</sup> e às vezes baseada em considerações universais.<sup>78</sup> A Corte aspira ser uma exportadora de interpretações de direitos humanos.

Os votos apartados dos Juízes da Corte, por vezes, expressam seu orgulho visível nas contribuições da Corte ao discurso mais abrangente dos direi-

<sup>74</sup> A Corte Interamericana expressou essa visão. Ver, ex: *Herrera-Ulloa Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 107 (2004), par. 161.

<sup>75</sup> Compare o texto supra às notas 34-40.

<sup>76</sup> Cf. Viljoen e Louw, 'Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights', 101 *AJIL* (2007) 1, p. 16 (concluindo, empiricamente, que o cumprimento das recomendações da Comissão Africana não se correlaciona com a 'profundidade e amplitude' do raciocínio subjacente a elas).

<sup>77</sup> Ver supra as notas do texto 33-40.

<sup>78</sup> Em certo grau, o desejo da Corte de inovar está em tensão com o objetivo de coordenar as obrigações regionais dos Estados com suas obrigações globais, mas se a Corte tiver sucesso em exportar uma interpretação, a congruência pode ser restaurada.



tos humanos. Um exemplo proeminente envolve a interpretação da Corte do direito à informação sobre a assistência consular como um direito individual de pessoas detidas, adotada em uma opinião consultiva e subsequentemente confirmada pela Corte Internacional de Justiça nos *Casos LaGrand e Avena*.<sup>79</sup> Um juiz identificou as contribuições da Corte aos direitos humanos internacionais como as que incluíram o reconhecimento de uma obrigação positiva para assegurar uma vida digna como algo inerente ao direito à vida; o reconhecimento do direito de proteção ao projeto de vida; a ampliação do conceito de vítima; o já mencionado direito à assistência consular; e o reconhecimento dos direitos trabalhistas de migrantes indocumentados.<sup>80</sup> Uma passagem em outro voto ressaltou as conquistas da Corte referentes aos direitos de membros de comunidades indígenas, e a expansão de sua capacidade legal como sujeitos de Direito internacional.<sup>81</sup>

Os votos também afirmam a paridade da Corte com a Corte Europeia de Direitos Humanos, a outra corte regional de direitos humanos: 'o trabalho das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos tem de fato contribuído para a criação de uma *ordem pública* internacional baseada no respeito aos direitos humanos em todas as circunstâncias'.<sup>82</sup>

As contribuições da Corte Interamericana também incluem suas numerosas referências ao *jus cogens*. O conceito de *jus cogens* desempenha diferentes papéis na jurisprudência da Corte. Ele pode servir a sua clássica função, tal como indicado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de invalidar uma disposição de tratado.<sup>83</sup> Frequentemente, apresenta-se como um atributo intensificador em um caso contencioso: caracterizar uma violação da CADH por um Estado sujeito à jurisdição contenciosa da Corte como infração a uma norma *jus cogens* aumenta a reprovação da violação, e pode justificar uma medida judicial de reparação mais extensiva.<sup>84</sup> Discutir o caráter de uma provisão *jus cogens* da CADH pode também representar uma afirmação da Corte acerca de sua autoridade normativa com respeito a um Estado da OEA que *não* tenha ratificado a CADH (p. ex.: Estados Unidos).<sup>85</sup> Mais amplamente, a identificação das normas *jus cogens* é a última forma de exportação de norma, pois afirma a aplicabilidade universal de uma norma mundialmente.

O efeito vinculante universal de uma norma *jus cogens* é a antítese ao 'voluntarismo estatal'. Os Estados não podem se isentar desta norma ao declinar de ratificar um tratado, ou por persistente objeção. Nem uma região de Estados pode entrar em acordo para modificar uma norma *jus*

<sup>79</sup> Ver, ex: *Fermín Ramírez Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 126 (2005) (voto concorrente do Juiz García Ramírez) ('Esta afirmação, originalmente feita pela Corte Interamericana no OC-16, foi posteriormente acolhida na solução de casos perante a Corte Internacional de Justiça...'). As referências referem-se a *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, Inter-American Court of Human Rights, Nº 16 (1999); *LaGrand Case (Germany v. United States)* [2001] ICJ Rep 466; e *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States)* [2004] ICJ Rep 12. A CIJ não confirmou, nem negou a caracterização da Corte Interamericana do direito à informação como um direito humano: *ibid.*, em 62. Quando a Corte Interamericana subsequentemente encontrou uma violação desse direito em um caso contencioso, um voto concorrente enfatizou o verdadeiro pioneirismo da Opinião Consultiva Nº 16... [a qual] atuou como uma fonte de inspiração para a jurisprudência internacional em statu nascendi com relação a esse assunto, – como tem sido reconhecido em grande extensão pela doutrina judicial contemporânea: *Acosta Calderon Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 129 (2005) (voto apartado do Juiz Cançado Trindade), par. 14.

<sup>80</sup> *Yakye Axa Indigenous Community Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 125 (2005) (voto concorrente do Juiz Abreu Burelli), par. 6. Sobre o 'projeto de vida', entendido como a visão escolhida pelo indivíduo de realização pessoal, a qual pode ser interrompida ou destruída por violações dos direitos humanos, ver *Caso Gutiérrez Soler*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Série C, Nº 132 (2005) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), nos parágrafos 2-7; mas ver *ibid.* (voto apartado do Juiz Jackman) (criticando o conceito).

<sup>81</sup> *Moiwana Village Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 125 (2005) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 10 ('a decisão sem precedentes (o primeiro pronunciamento do tipo por um tribunal internacional)... a qual salvaguarda o direito da propriedade comunal de suas terras'), par. 12 (Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e essa Corte em particular, contribuíram para tal desenvolvimento').

<sup>82</sup> *Caesar Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 123 (2005) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade) par. 7.

<sup>83</sup> *Aloeboetoe Case (Reparations)*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 15 (1993), par. 57.

<sup>84</sup> *Goiburú Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 153 (2006), nos parágrafos. 128– 132, 166; *Gómez Paquiyauri Brothers Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 110 (2004), par. 76.

<sup>85</sup> Ver nota 100 do *infra* texto.

*cogens*. Para deixar claro, o efeito da declaração da corte Interamericana acerca do *jus cogens* fora do seu hemisfério depende da sua capacidade de persuasão para com os outros; sendo que esses outros podem ser tribunais e não Estados.

A Corte tem sido bastante ativa na identificação de normas *jus cogens* nos anos recentes. Essas regras peremptórias incluem a proibição de escravidão,<sup>86</sup> tortura física e psicológica,<sup>87</sup> desaparecimento forçado,<sup>88</sup> execução extrajudicial,<sup>89</sup> tratamento desumano (incluindo punição corporal),<sup>90</sup> discriminação,<sup>91</sup> crimes contra a humanidade,<sup>92</sup> leis de anistia para crimes contra a humanidade,<sup>93</sup> e falha na punição dos autores de crimes contra a humanidade (também descrita como direito do 'acesso à justiça').<sup>94</sup> Outras possibilidades têm sido discutidas, mas não decididas, incluindo o direito ao acesso à justiça para todas as violações aos direitos,<sup>95</sup> garantias mínimas ao Direito humanitário internacional,<sup>96</sup> e 'desrespeito à honra e crenças pessoais (incluindo aqueles relacionados às relações entre os vivos e os mortos)'.<sup>97</sup>

Como um voto concorrente observou, 'A Corte Interamericana provavelmente fez para a identificação do *jus cogens* mais do que qualquer outro tribunal contemporâneo'.<sup>98</sup> Como a Corte conse-

guiu ver muito mais do que outros será explorado na próxima seção.

## 7. Exportando um Princípio de Não discriminação Universal

O esforço mais ambicioso da Corte Interamericana, até agora, em expandir o *jus cogens* ocorreu em sua opinião consultiva sobre a *Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*.<sup>99</sup>

Nessa ocasião, a Corte afirmou, em termos radicais, o caráter *jus cogens* de uma norma internacional de 'não discriminação' aplicada às ações discriminatórias e inações, *de jure* ou *de facto*, públicas ou privadas. O processo de explicação e omissão pelo qual a Corte justificou sua conclusão merece muita atenção. Ele opera pela técnica de sobregeneralização que negligencia o aspecto consensual das normas positivas de direitos humanos.

A opinião consultiva surgiu de uma solicitação do México por uma decisão em resposta a uma série de questões sobre discriminação contra trabalhadores migrantes indocumentados nos Estados da OEA, à luz da Declaração Universal, da Declaração Americana, do PIDCP, da CADH, e do Direito internacional geral.<sup>100</sup> O pedido, aparentemente, foi provocado em função do de-

<sup>86</sup> *Aloeboetoe Case (Reparations)*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 15 (1993), par. 57.

<sup>87</sup> *Maritza Urrutia Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 103 (2003), par. 92.

<sup>88</sup> *Goiburú Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 153 (2006), par. 93.

<sup>89</sup> *Gómez Paquiyauri Brothers Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 110 (2004), par. 76.

<sup>90</sup> *Ximenes-Lopes Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 149 (2006), par. 126; *Caesar Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 123 (2005) Note que versões desses 5 primeiros itens foram descritos como normas de direitos humanos *jus cogens* na *Restatement of US foreign relations law* de 1987; ver *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)* (1987), ii, par. 702 e comentário n (em 163 e 167 respectivamente).

<sup>91</sup> *YATAMA Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 127 (2005), par. 184.

<sup>92</sup> *Almonacid-Arellano Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 154 (2006), par. 99.

<sup>93</sup> *Ibid.*, par. 153.

<sup>94</sup> *Goiburú Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 153 (2006), par. 131.

<sup>95</sup> *Ximenes-Lopes Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 149 (2006) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), pp. 19-21.

<sup>96</sup> *Serrano Cruz Sisters Case* (Preliminary Exceptions), Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 118 (2004) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 40 (citando Art. Comum 3 das Convenções de Genebra, Art. 75 do Protocolo Adicional I, e Artigos 4-6 do Protocolo Adicional II).

<sup>97</sup> *Plan de Sanchez Massacre Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 105 (2004) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 30.

<sup>98</sup> *Caesar Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, Nº 123 (2005) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 92.

<sup>99</sup> *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 18 (2003) (doravante OC-18).

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 1-4.

envolvimento, nos Estados Unidos, e de forma mais proeminente, de uma então recente decisão da Corte Suprema Americana, que restringiu as medidas judiciais de reparação disponíveis para violações das leis trabalhistas cometidas contra trabalhadores indocumentados.<sup>101</sup>

A Corte esclareceu sua terminologia articulando a dicotomia entre dois tipos de diferenciação: 'distinção' e 'discriminação'.<sup>102</sup> 'Distinção' refere-se a formas de diferenciação que são 'razoáveis, proporcionais e objetivas', e, portanto, permissíveis. 'Discriminação', ao contrário, refere-se a 'qualquer exclusão, restrição ou privilégio que não é objetiva e razoável e que adversamente *afeta* os direitos humanos'.<sup>103</sup>

A Corte tratou os três conceitos de 'igualdade', 'não discriminação' e 'proteção igualitária da lei' como elementos essencialmente inseparáveis de um único princípio básico.<sup>104</sup> Ela encontrou esse princípio refletido em inúmeros instrumentos internacionais de direitos humanos, citando mais de 30 exemplos em uma nota de rodapé.<sup>105</sup> A opinião da Corte não se ocupou de investigar as diferentes formas com que este princípio foi articulado nesses instrumentos, se eram vinculantes ou não, endereçados ao Estado ou a atores privados, se focavam em bases particulares de discriminação ou da discriminação em contextos particulares, com ou sem exceções.

A Corte então concluiu que esse princípio não era apenas geral, mas peremptório: 'esta Corte

considera que esse princípio de igualdade perante a lei, proteção igualitária perante a lei e não discriminação pertence ao *jus cogens*, porque toda a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional repousa sobre ele e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Hoje em dia, nenhum ato jurídico que esteja em conflito com esse princípio fundamental é aceitável...'.<sup>106</sup> A base normativa desse princípio 'deriva "diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa"'.<sup>107</sup> Como consequência, 'o Estado, tanto internacionalmente quanto em seu sistema jurídico nacional, e por meio do ato de qualquer de seus poderes ou de terceiros que ajam sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, não pode agir de maneira contrária ao princípio da igualdade e não discriminação, em detrimento de um determinado grupo de pessoas'.<sup>108</sup>

Consequências poderosas decorreram dessa conclusão: "os Estados devem abster-se de executar qualquer ação que, de qualquer maneira, direta ou indiretamente, tenha a intenção de criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*" contra qualquer grupo de pessoas.<sup>109</sup> Além disso, foi requerido dos Estados que 'adotassem ações afirmativas para reverter ou mudar situações discriminatórias que existam em suas sociedades em detrimento de um grupo específico de pessoas'.<sup>110</sup> Por exemplo, especificamente no caso de relações empregatícias entre partes privadas,

<sup>101</sup> Cleveland, 'International Decisions', 99 AJIL (2005) (2005) 460; ver *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB*, 535 EUA 127 (2002).

<sup>102</sup> OC-18, nota supra 98, par. 84 (*distinción y discriminación*).

<sup>103</sup> *Ibid.* (ênfase adicionada) ('que redunde em detrimento de los derechos humanos'). De algum modo nesse esclarecimento a Corte omitiu o fator de proporcionalidade da definição de 'discriminação', mas ele retornou depois como se fosse sinônimo: *ibid.* pp. 91, 119, 168. O conceito relevante de discriminação que 'afeta adversamente' os direitos humanos é extremamente amplo, como ilustrado pelo fato de que a Corte considerou todos os direitos decorrentes da relação de trabalho, se protegido internacionalmente ou definido no direito nacional ou por acordos coletivos de trabalho, como 'direitos trabalhistas' que o empregador deve ser impedido de desproporcionalmente infringir com relação aos trabalhadores indocumentados.

<sup>104</sup> *Ibid.*, par. 83.

<sup>105</sup> *Ibid.*, par. 86 n. 33.

<sup>106</sup> *Ibid.*, par. 101.

<sup>107</sup> *Ibid.*, par. 100.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*, par. 103.

<sup>110</sup> *Ibid.*, par. 104.

o requerimento de não discriminação aplica-se entre o empregador e o empregado, porque 'a obrigação positiva do Estado de garantir a eficácia da proteção dos direitos humanos dá origem a efeitos relacionados a terceiros (*erga omnes*)'.<sup>111</sup> Consequentemente, 'os Estados devem garantir observância rigorosa da legislação trabalhista que garanta a melhor proteção aos trabalhadores, independente de seu... status migratório;... e erradicar práticas discriminatórias contra trabalhadores migrantes por um empregador específico ou grupo de empregadores...'.<sup>112</sup>

A amplitude dessas conclusões nos leva a fazer uma pausa e inquirir se elas poderiam ser justificadas com fundamentos consensuais ou suprapositivos. Ou seja, a comunidade internacional adotou uma norma peremptória do escopo identificado pela Corte, ou deveria tê-la adotado?<sup>113</sup> Por que a não discriminação, em todos os aspectos afetos aos direitos humanos, seria uma norma *jus cogens*? A Corte citou uma ampla variedade de instrumentos proibindo a discriminação em uma variedade de contextos, ou baseados em vários critérios diferentes. Mas, mesmo tomando esses instrumentos ao pé da letra, o fato de que muitas formas de discriminação sejam internacionalmente proibidas não demonstra que todas as formas de discriminação violam um valor fundamental da comunidade internacional. Considere, por exemplo, o tratamento desigual entre pescadores costeiros e pescadores de mar aberto,<sup>114</sup> ou dos traficantes de drogas em comparação com outros réus criminais.<sup>115</sup> Se evidência positiva da *opinio juris* é requeri-

da, o que poderia justificar a conclusão de que o tratamento desigual *de jure* dessas categorias deve, peremptoriamente, cumprir um critério de proporcionalidade, a fim de ser tolerável pela comunidade internacional, sem mencionar o tratamento desigual *de facto* delas, ou o fracasso de impedir a discriminação privada entre elas? Por outro lado, se evidência positiva de reprovação internacional é desnecessária, pelo fato de determinações *jus cogens* serem consideradas inerentemente normativas, então qual é o argumento normativo favorável à elevação da proibição de 'discriminação' tão ampla e profunda ao nível *jus cogens*? A Corte tem muito pouco a dizer sobre isso, tratando a questão como auto evidente que 'hoje em dia, nenhum ato ilegal que esteja em conflito com este princípio fundamental seja aceitável'.<sup>116</sup> A Corte declarou que a norma não discriminatória deriva 'diretamente da unidade da natureza do gênero humano' e da 'dignidade essencial da pessoa',<sup>117</sup> mas esses princípios são mais diretamente relevantes com relação à discriminação com base na raça ou sexo, do que as diferenciações que possam surgir no espectro de políticas regulatórias dos Estados entre uma miríade de atores e ações.

A discussão da Corte sobre normas não discriminatórias em instrumentos de direitos humanos é também notável pelo que omite. A Corte citou o Artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), mas esqueceu de transcrevê-lo ou descrevê-lo. Em particular, a Corte passou por cima do Artigo 2 (3), que prevê:

<sup>111</sup> *Ibid.*, par. 140.

<sup>112</sup> *Ibid.*, par. 149.

<sup>113</sup> Poder-se-ia também inquirir se uma norma peremptória desse escopo seria justificada pragmaticamente com fundamentos institucionais. Deixarei essa pergunta complexa para outro dia. Outra possível explicação para o caráter *jus cogens* da norma geral de não discriminação seria a de que todas as normas de direitos humanos seriam peremptórias, *ipso facto*. Mas a Corte não apresentou esse argumento, e eu não prosseguirei com esta teoria aqui.

<sup>114</sup> App. Nº 27824/95, *Posti e Rahto v. Finlândia*, 2002 – VII CEDH 301.

<sup>115</sup> *Acosta Calderon Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C No. 129 (2005) (voto concorrente do Juiz Caçando Trindade), parágrafos 2-9 (contrapondo-se à rejeição da Corte de considerar que uma norma processual distinguindo réus acusados de tráfico de drogas e outros réus violava o princípio da não discriminação).

<sup>116</sup> OC-18, nota supra 98, par. 101.

<sup>117</sup> *Ibid.*, par. 100 (citando Opiniões Consultivas anteriores).

Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.<sup>118</sup>

Esta disposição pode não ter sido desejada por todos os países da América Latina, mas sua presença na Carta Internacional dos Direitos certamente tem alguma relevância para o escopo de uma norma *jus cogens* de não discriminação. A Corte também deixou de discutir o Artigo 22 da CADH, que limita expressamente determinados aspectos do direito à liberdade de movimento às pessoas 'legalmente no território de um Estado'.<sup>119</sup>

O leitor certamente observou que a Corte reinterpreto as obrigações *erga omnes* que resultaram das normas peremptórias de Direito Internacional, que originalmente eram obrigações devidas pelo Estado a todos os outros Estados (ou a comunidade internacional em geral), mas às quais a Corte considerou, adicionalmente, como obrigações devidas por todos os indivíduos ao detentor de um direito humano. Além disso, as obrigações dos indivíduos foram moldadas a partir das obrigações do Estado: assim como o Estado é proibido de discriminar indivíduos, o empregador, também, está proibido de cometer discriminações contra indivíduos; assim como o Estado deve tratar os indivíduos com igualdade perante a lei, cada indivíduo deve tratar outro indivíduo, igualmente, perante algo diverso da lei. A dedução da Corte procedeu-se de

maneira brusca. Em parte, resultou do pressuposto de uma 'teoria da *Drittwirkung*, de acordo com ela, direitos fundamentais devem ser respeitados por autoridades públicas e por indivíduos no que diz respeito a outros indivíduos'.<sup>120</sup> A Corte não inquiriu se essa teoria de eficácia em face de terceiros se aplicaria a apenas alguns direitos humanos, mas não a outros, ou se se aplicava diversamente a diferentes direitos ou a diferentes aspectos de direitos particulares.<sup>121</sup> Adicionalmente, a Corte invocou o exemplo da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, e sua interpretação pelo órgão cabível.<sup>122</sup> A Corte não inquiriu se a aplicação de normas internacionais referentes à discriminação racial pela ação de indivíduos diferiria da aplicação de normas internacionais referentes a ações discriminatórias realizadas por meio de fatores que não tenham sido particularizados como de condenação especial. O melhor apoio invocado pela Corte para sua posição foi uma referência breve ao Comentário Geral 18 do Comitê dos Direitos Humanos sobre a obrigação de não discriminação segundo o PIDCP,<sup>123</sup> mas a Corte não analisou a fundamentação e os limites do Comentário Geral, e ainda combinou sua menção ao Comentário Geral com outro Comentário Geral sobre o direito de não ser submetido à tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante.<sup>124</sup>

Em certo sentido, a caracterização do princípio geral da não discriminação pela Corte como *jus cogens* pode ser considerada inofensiva, porque um tribunal sempre terá a opção de restringir-se

<sup>118</sup> PIDESC Art. 2(3); ver M.C.R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development* (1995), em 172-174; Dankwa, Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 9 *Human Rts Q* (1987) 230.

<sup>119</sup> Ver CADH Art. 22(1), limitando o direito de 'se movimentar' e residir no território do Estado para aqueles legalmente nele presentes; CADH Art. 22 (6), proporcionando o direito de uma decisão tomada em conformidade com a lei antes da expulsão, apenas para os estrangeiros legalmente presentes no território. O Art. 22 da CADH viola a norma *jus cogens*, e se viola, quais as consequências?

<sup>120</sup> OC-18, nota supra 98, par. 140.

<sup>121</sup> Ex: o direito à participação política não requer, ainda, que todas as organizações privadas sejam governadas democraticamente, e o direito à liberdade das pessoas não requer ainda que pais levem seus filhos perante um juiz quando os confinam em seus quartos.

<sup>122</sup> *Ibid*, par. 145.

<sup>123</sup> A interpretação do Comitê de Direitos Humanos do PIDCP Art. 26 requerendo que os Estados protejam os indivíduos contra algumas formas de discriminação privada, reflete o mandamento separado presente no segundo período daquela disposição, para 'garantir a todas as pessoas proteção igualitária e efetiva contra discriminação'. Ver Nowak, nota supra 44, em 630-634. Pode ser de interesse histórico observar que, no curso da negociação da CADH, um mandamento similar foi expressamente apagado do Art. 24, e substituído por uma garantia de 'proteção igualitária da lei'. Compare CADH Art. 24 com o Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights, Art. 22, em T Buergenthal e R. Norris (Eds.), *Human Rights: The Inter-American System* (1982), ii, folheto 13, em 10. Este tipo de fator, porém, dificilmente iria influenciar a interpretação de um direito substantivo da CADH feito pela Corte Interamericana.

<sup>124</sup> OC-18, nota supra 98, par. 144.



a invalidar alguma forma desejável de tratamento diferencial por considerá-lo uma 'distinção' razoável e proporcional, ao invés de um ato de 'discriminação'. Além disso, seria irrealista considerar a ação da Corte como uma realocação substancial de poder para sua própria vantagem, dada a probabilidade mínima de que qualquer questão específica chegue a Corte, à luz da limitação de recursos do sistema Interamericano e do controle de acesso da Comissão à jurisdição contenciosa. No entanto, a indeterminação do padrão de não discriminação confere substancial discricionariedade sobre em quais oportunidades as cortes ou órgãos terão de aplicá-la, e elevar esse padrão acima das demais disposições meramente consensuais do tratado pode levar a consequências imprevisíveis e prejudiciais a toda a gama do Direito internacional.

## 8. Conclusão: Reavaliando o Consentimento Regional

A jurisprudência da Corte Interamericana expandiu rapidamente na década passada e ela pode ter entrado em um processo de consolidação. Alguns votos concorrentes registraram com pesar a perspectiva de mudanças nas doutrinas da Corte.<sup>125</sup> Observadores simpatizantes podem acreditar que alguma reorientação na metodolo-

gia da Corte melhoraria seu desempenho como parte de um sistema para a proteção dos direitos humanos dentro da OEA.

Os direitos consagrados em convenções de direitos humanos têm bases suprapositivas, mas, quando incorporados, eles também apresentam aspectos consensuais e institucionais. Idealmente, a interpretação baseia-se em todos os três aspectos de maneira que faça o sistema convencional justificável, politicamente aceitável e efetivo. Há uma razão para se preocupar com o fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter se distanciado bastante do aspecto consensual de uma convenção de direitos humanos em suas práticas interpretativas, e que esse distanciamento não seja compensado por uma análise normativa convincente ou por um planejamento estratégico institucional. A Corte não deve se curvar à vontade de violadores individuais, mas ela precisa induzir, e não meramente exortar, o apoio da comunidade regional dos Estados.

A desatenção ao consenso regional não é, sem dúvida, a principal causa das dificuldades de cumprimento das decisões da Corte, que também se estendem aos casos que envolvem graves e incontestáveis violações dos direitos à vida e à integridade física. Não obstante, isso é um problema que pode obstaculizar os esforços para fortalecer o sistema.

<sup>125</sup> Ex: *Yean and Bosico Children Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 130 (2005) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 22 ('Eu iria me arrepender profundamente se, no futuro (*tempus fugit*), a Corte se afastasse desta jurisprudência'); *La Cantuta Case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 162 (2006) (voto concorrente do Juiz Cançado Trindade), par. 61 (esta Corte não pode deixar-se parar ou regredir sua jurisprudência em matéria de Direito imperativo (*jus cogens*) dentro do escopo da proteção do ser humano, com relação ao Direito substantivo e procedimental).

**Gerald L. Neuman**

Professor J. Sinclair Armstrong de Direito Internacional, Estrangeiro e Comparado, Faculdade de Direito de Harvard.  
E-mail: [neuman@law.harvard.edu](mailto:neuman@law.harvard.edu).